Alleg.º 3

3º

POR

LOS DVEÑOS DE HEREDA des, y haças calmas del termino de la Ciudad de Anteq̃ra en el pleyto.

CON

los dueños de las Huertas antiguas y modernas del pago de la Torrecilla del dicho termino.

ESTE PLEYTO SE VIO SOBRE atentado que pidieron los dueños de las guertas, pretendiendo que el Corregidor de Antequera, los adespojado del derecho de regar con toda el agua del Rio de la villa, mandando executar el auto q̃ proueyo en 23. de hebrero deste año de 617. en que mando guardar la ordenanza de los riegos, q̃ la Ciudad tiene confirmada por vn capitulo de la qual se manda, que las dichas guertas antiguas de la Torrecilla, riegen con la quarta parte del agua del dicho Rio.

A Y

Y para que se les deniege el atentado, que piden se suplica a V.S, y a estos señores passen los ojos con atẽciõ por el memorial de molde, que se dara con este papel, en que se contiene el cap. de la ordenanza confirmada, que dispone sobre este riego, y los actos possitiuos que oy se hallan en el pleyto del vsso y obseruancia de la dicha ordenanza, desde que se hizo, y cõfirmo, hasta el dia de oy, de que consta por autos judiciales presentados algunos de ellos por la parte contraria: por que de lo q̃ se contiene en el dicho memorial resultan 3 fundamẽtos perẽptorios, que hazen la justicia de las heredades indubitable y notoria, no solo en este articulo del atentado, sino tambien en lo principal.

El primero fundamento, es el que resulta del cap de la dicha ordenãza, por el qual no se les da a las guertas mas que la quarta parte del agua del dicho Rio. de la villa por su marco. Y aunque pretenden, que les perteneze mas agua, no an mostrado hasta aora ni puen mostrar por donde, por que no ay otro titulo para ellas, ni para las heredades mas que la dicha ordenaza, que es titulo comun de el aprouechamiẽto destas aguas para heredades, y guertas. Y aunque las guertas pretenden que tienẽ vsso, y possesion contraria a la ordenanza, demas de que esto no es cierto, como se dira en el siguiente fundamento, quando tuuieran la dicha possesion no les pudiera seruir de titulo, por que para esto era necessario que fuera possessiõ in memorial, supuesto que se trata de vn aprouechamiento discontinuo en que no se puede adquirir derecho, por menos tiempo. l. seruitutes 14. & ibi DD. ff. de seruituti. tit. generali, & in terminis l. 15. tit. 31. par. 3 mayormente resistiendoles el derecho municipal de la ordenãza ex vulgari tx. & ibi glosa & DD. in cap, 1. de prescripcionib. lib. 6. multos & multa refferens Petrus. Gyl-Keni. in tract. de prescriptionib. 2. par. membro. 1. cap. 9. per tot. y aunque aquel tx. habla quãdo resiste el derecho comun, lo mismo es que resista la ordenanza siendo cõfirmada quia ius municipale in quolibet loco dicitur ius commune & pro eo seruatur vt ex Bartul. & alijs in. l omnes populi de iustitia & iure bene tradit Surdus cõs.

460.nu.10. Y en el tiempo que a passado desde la confirmacion de la dicha ordenanza, que fue en el año de 531. no caue la immemorial.

Vnde la pretension de las guertas, viene a quedar tal mente sin fundamento: por que no teniendo en este riego mas interes, ni derecho q̃ la quarta parte del agua del Rio conforme a el titulo comun q̃ resulta de la ordenanza notoriamente consta no auerles hecho agrauio, por el auto del Corregidor de que viene appellado, en q̃ se mando guardar la dicha ordenanza: y asi viene à quedar la pretension del atentado sin fundamento ex notorio tit. defectu, inpetētibus ex originali doctrina Innocē tij in cap. constitutus de filijs presbiterorum. n. 1. quem sequitur Octauia. Vestriu, in practica lib. 8. cap. 4. nu 16 Couar. practicar. questionum cap. 23. n. 4 versi. *Immo etiā in reb. temporalib. idem erit nec atentata*, Guido Papæ. decis. 213. nu. 6. & ibi Aditionator litera. B. & plane agnoscit & Stephan. Grat. decis. Marchi. 70. nu 21. & 22.

EL segundo fundamento es, que supuesta la naturaleza desta causa, y lo que en ella esta deduzido por ambas partes la pretēsion en este articulo, no puede ser nies de atentado: por que la execuciō del auto en lo passado no ay potēcia para reuocarla, y boluer el agua al estado que tenia, quando se proueyo el auto, de que viene appellado. Y asi estamos en terminos del interdicto de a quaquotidiana & æstiua que es vno de los remedios possessorios retinendæ, que compete, por el derecho de regar con el agua que se lleua de los Rios publicos por conductos y acequias l.1. §. ait Prætor, & §. permititur. ff. de aqua quot.. & æstiua y se da este interdicto a los riuales, que lleuan por vna misma acequia sus aguas, & habet locun quando inter eos de vsu aquæ cōtenditur vtro que asserente se in quasi possesione illius esse. d. l. 1. §. si interriuales codē tit. prout omnia hæc obseruat Menoc. de retinenda poss. rem. 6. n. 51. & seqq. & n. 95. & seqq. que es lo mismo que en este pleyto se litiga, por que cada vna de las partes pretende q̃ estaba en possesion del vso y aprouechamiento del agua y quiere quedar en ella, que es proprio del interdicto retinendæ, in quo vterq; asserit se posidere.

Y

Y en estos terminos la justicia de las heredades es notoria, por que demas de la presumpcion de derecho que les assiste y relieua de la necessidad de probar, que la ordenança a estado, y esta en vso, y obseruanzia, vt per Decisi. in terminis consi. 649. nu. 9. volu. 2. Caualcan. pures al legans. de tutore &, curatore n. 41. Seraphin decisi. 133. n. 2 1 pri. Roder. Suar in præm. l. for. nu. 3. & nu. 12. tienen bastante mente probado el vso, y obseruanzia cõtinua desta ordenanza desde el año de 40. (quees el primer acto positiuo que se refiere en nuestro memorial) en que se dio la sentencia del Bachiller Zespedes, que passo en cossa juzgada, hasta el año de 609. todo con autos judiciales hechos en virtud de la ordenanza confirmada, y de la dicha sentencia de Zespedes. Et quod magis est, que muchos dellos son papeles presentados por la parte de las guertas que no pueden impugnar, y resulta dellos cõfession bastante de la dicha obseruancia, l si aduersarius C. de fide instrumen, vbi notãt. DD. Dec. conf. 558. incip. in causa nu. 7. Natta. conf. 265. nu 3. vol. 2. de mas de que en la sumaria que se hizo ante el ordinario, despues que vino el pleyto appellado ay nueue testigos que concluyen el vso, y obseruancia de la ordenanza de mucho tiẽpo antes que su Magestad la confirmara, y de tiẽpo immemorial.

Y aunque es verdad, que la parte de las guertas hizo otra sumaria en que probo con nueue, ò diez testigos q̃ de tiempo inmemorial a esta parte tienẽ vso, y possessiõ contraria ala ordenança, y que an regado y riegan cõ toda el agua del Rio sin limitacion desde el Domingo a visperas, hasta el Martes por la mañana, y desde Miercoles a la misma ora, hasta Viernes al amanecer. Esta informacion no es de sustancia alguna ex sequentibus.

Lo primero, por que (omitiendo los deffectos insanables de ser sumaria, y de testigos ortolanos, y partes interessadas, como se prueba en la informacion de las heredades en la 11. pregta) quando fuera probança en plenario hecha con parte, y de testigos desinteressados, no pudiera contrastar, ni venzer la probança de las heredades hecha con autos judiciales y escripturas publicas quæ

est

est probatio probata, & inducit notorium, Osascus decis.72.nu.4.Roland.a Valle.consi.4.nu.8.vol.2. Y es prouança de tal calidad,que no se puede vencer sino con otra tal prouança de escrituras,y autos judiciales non autem per testes,vt eleganter docet Felinus in.cap.cum Ioannes.nu.35.de fid.instrumen.Ipolitus de Marsi.in rubri.de probation.nu.42.& seqq.& post eos Mascard cõclus.913.nu.1.& seqq. Lo segundo porque lo que estos testigos concluyen no tiene verosimilitud, supuesto el corriente verdadero deste negocio ab origine: porque les resiste la ordenança,y la sentencia del Bachiller Cespedes litigada entre las mismas partes,y pasada en cosa juzgada,y la sentencia de Pedro Venegas que es el segundo acto positiuo(que se refiere en nuestro memorial)pasada tambien en cosa juzgada,y pedido execuciõ de ambas sentencias por los dueños de las guertas en muchas ocasiones. Resisteles tambien el mismo hecho y confession de sus partes en el pleyto del año de 89 que litigando vnas guertas con otras sobre el modo de regar,presentaron la ordenança,y ambas partes confessaron que era vsada y guardada, y q̃ los riegos y aprouechamiento del agua se gouernauan por ella,y la misma confession an hecho en las de mas ocasiones que se refieren en el memorial. Y finalmente les resiste el acto notorio del año de 609.que auiendose querellado los dueños de las heredades que las guertas tomauan mas agua,y mas tiempo de lo que les pertenecia por autos de la ciudad,y del corregidor,se mandò guardar la ordenança confirmada,y estos autos se pregonaron por las plaças y calles de la ciudad,y se executarõ en los riegos sin contradicion alguna. Vnde testes qui non verosimilia deponunt nihil probant,vt ex tex. vulgaris in terminis in,cap.licet causam,versi *ex præmissis igitur*, de probationibus,multa Farinac. de testibus. quæst.65.nu.144.& seqq.quia quod non est verosimile falsitatis habet imaginem.

Y no es de cõsideracion el acto possitiuo que las guertas induzen en su fauor de la sentencia del licenciado

Valcaçar, dada en el año de .576. en vn pleyto particular que ſe ſiguiò entre vn dueño de guertas, y otro de heredades ſobre la cantidad del agua: en que ſe declarò, q̃ la guerta por ſer de las antiguas, tomaſe el agua q̃ vuieſſe meneſter ſin reſpeto à medida: Porque deſta ſentencia, fuera de que eſtà apelada, y preſentada, la parte en la Chancilleria ac ideo, no ſe puede ſacar della acto poſsiuo, ni otro algun efecto, quia prouocationis remedio extinguitur pronuntiatum. l. 1. §. final ad Turpilianum: pero ſi alguno pudiera ſacarſe, fuera notoriamente en fauor de las heredades: Tum porque aunque la ſentencia mandò dar a la guerta, que es vna de las antiguas toda el agua que ouieſſe meneſter ſin reſpeto à medida, cõcluyò diziendo, que aquello fueſſe conforme a la ſentẽcia del Bachiller Ceſpedes, que en ſuſtãcia fue mandar guardar la ordenança, quia relatum eſt in referente cum omnibus ſuis qualitatibus. l. aſſe toto de hæredibus inſtituend. Y como en la ſentencia de Ceſpedes, ſe dio a cada vno lo que le pertenecia mandãdo que guardaſſen la ordenança, aſsi tambien ſe à de entender que lo mando Valcaçar en la ſuya, aunque en las palabras parezca que dexo alguna contradicion, alias enim daretur ſentencia contra ſententiam aduerſus vulgarem regulam cap. inter monaſterium de re iudicata de quo latius infra. Tũ etiam, porque expreſſamẽte, dexo reſeruado el derecho a los demas intereſſados, con lo qual aun quando fuera vna executoria litigada con todos, nos auia dexado lugar para litigar lo miſmo, Angel. in, l. final. nu. 6. C. de dicto diui. Adria. toll. & poſt eum Peregrin. de fideicõmiſ. artic. 48. nu. 66.

Y aduierteſe de paſo, que la guerta contenida en la ſentencia de Valcaçar, es vna de las guertas antiguas à quien por la ſentencia de Ceſpedes nominatim, ſe diò el derecho de regar con la quarta parte del agua, poſſeyendola Hernando de Molina eſcriuano, y deſte la vuo Gil Rodriguez, el qual por el año de. 76 ſe querello del alcalde del agua que no le daua la que auia meneſter, y preſento la ordenança, y la ſentencia de Ceſpedes, pi-

diendo

pidiendo cumplimiento dellas, como se refiere en nuestro memorial, fol. 2. pag. 1. Y deste Gil Rodriguez vuo esta guerta Gonçalo Gomez Maya, en cuyo fauor se dio la sentencia de Valcaçar. Dedonde resultan dos cosas muy considerables para excluyr el efecto que los contrarios pretenden sacar de la dicha sentencia, y de las prouanças de aquel pleyto.

La primera, que este Amaya no podia, ni pudo pretẽder mas derecho en el agua, que el que la guerta traxo a su poder, argumento legis qui tabernas. 82. ff. de contrahenda empt. La segunda, que este Amaya no pudo alegar, articular, y prouar que en tiempo de sus antecessores su guerta auia tenido possession de regar con toda el agua por ser contra la verdad que resulta por la ordenança, y de la sentencia de Cepedes, y contra la confession y allanamiento del dicho Gil Rodriguez su antecessor, y los testigos de aquella prouança que depusieron de aquella possessiõ, son euidẽtemẽte falsos y perjuros.

Por manera señor, que en quanto a prouança del vso, y obseruancia de la ordenança, y de la possession deste riego la de las guertas es ninguna, assi de testigos, como de escrituras y autos judiciales, y la de las heredades es concluyente de auerse oseruado y guardado inuiolablemente la ordenança desde su principio hasta el dia de oy, sin contradicion de persona alguna, y de auer estado y estar las heredades en possession incõcusa de regar con toda el agua que pretenden, y de no dar a las guertas mas que la quarta parte, y assi su pretension en este articulo es corriente y llana.

Y tambien lo fuera, aunque las guertas tuuieran probança, y actos positiuos de auer regado con toda el agua porque supuesta la sujeta materia deste pleyto, que el litigio es sobre la possession del riego, & ideo sobre el interdicto de aqua quotidiana, & æstiua, vt supra diximus, para que a las guertas les aprouechara la possession, era necessario que mostrata titulo, en que se les vujera assignado la cantidad de agua que posseyã. l. 1. §. Aristo. putat, & §. permittitur. & §. fin. ff. de aqua quotidiana & æstiua,

& ex his & alijs iuribus docet Menoch. d. rem. 6. nu. 11. & 12. y no mostrandolo como no lo muestran, qualquiera possession que probaran, se presumiera clandestina y violenta, y la de las heredades justa y buena, como possession adminiculada y ayudada con titulo, y fundada en ordenanza expressa tx. ad hoc in ratione & decis. elegans licet vulgaris in. d. c. licet causam, de probationib. ibi: *Cum duo simul eandem rem, & eodem modo in solidum possidere non possint, maximè cum ijdem Fauentini iustum possessionis titulum non ostendant: & ex priuilegijs Imperatorum, & Romanorum Pontificum Ecclesiæ Rauenatensi concessis, euidentissime coligatur, possessionem ipsius Ecclesiæ iustam fuisse. Cum ergo constet Fauentinenses, ab eo tempore, quo se possedisse probare contendunt minus iustè, ac sine titulo aliqua ex prædictis locis temeritate propria occupasse: &c.* & infra ibi: *Nos cognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto vti possidetis, ita possideatis, cum probationes Ecclesiæ sint potiores, & ideo sit in interdicto superior commune Fauentinensium condemnamus, &c.* Et in hoc tex. traddunt DD. communiter Felin. in. c. ex litteris. n. 5 de probat. Geronim. de Monte in tract. de finibus regũdis. c. 67. nu. 8. multas alegans Mascard. ad hoc videndus, conclus. 1099 per tot. maximè à. n. 12. & n. 47. Thesaurus decis. 206. n. 15. Anton. Gomez tom. 2. variar. c. 2. de emp. & vendit. n. 20. vers. *Et confirmari potest.*

A que se junta que asistiendo la presumpcion de derecho, como asiste por las heredades, respeto de tener en su fauor la ordenança confirmada que en Antequera es derecho, comũ ex Sur. d, cõs. 460. n. 10. vol. 4 qualquiera possession que las guertas tuuieran prouada en contrario les fuera de ningun momento no mostrando titulo legitimo della como en efeto no lo an mostrado, tex. elegans & expressus in. cap. cum personæ de præuilleg lib. 6. vbi. dd. notant cõmuniter, & post Pala. Rub. Otal. & alios tradit Ioan. Gar. de nobilit. gloss. 8. nu. 7. & seqq.

Et ex prædictis corolarie resultat, que aunque el Corregidor por su auto vuiera despojado alas guertas como ellas pretenden, no pudiera auer lugar el atentado q̃ piden, porque de parte de las heredades, aquello no fue ni

pudo

pudo ser despojo, sino continuacion de su possession, en que no à lugar el remedio del atentado, quia possidens non dicitur atentasse, & ideò in remedijs retinendæ possessionis, non cadunt attentata, vt ex Cardin. Decio. Beroio, & alijs docet eleganter Iosephus Ludouic. decis. Perusina 69. n. 7. & 2. seqq. 2. p. & ex multis decisionibus Lãcelotus de attentatis. 3. p. cap. 24. q. 19 per tot. Y de parte del Corregidor tampoco se pudiera llamar despojo, sino execucion y cumplimiento de la ordenança de su Ciudad, confirmada por el Rey, y mandada guardar en la prouision de la confirmacion, y en la cedula y prouisiõ que se le dio de Corregidor, y vsada y guardada desde el dia de su confirmacion hasta aora.

Quanto mas, que estuuo tan lexos de ser despoxo, que auiẽdose proueydo el auto en. 23. de Hebrero deste año, y auiendose pregonado publicamente por las calles y plaças de la Ciudad: las partes contrarias reconociendo la buena fee callaron: y el auto se executò, y la ordenança se guardó y cumplio, y en su cumplimiento se distribuyò el agua, y se hizieron los riegos, dando a las guertas la quarta parte del agua, y lleuandose las heredades toda la demas quieta y pacificamente, sin que por parte de las guertas se interpusiesse apellacion, ni se hiziesse otra contradicion alguna, en cinco meses que passaron hasta los. 11. de Agosto, que de hecho boluieron las guertas a quebrantar la ordenança, y por querella de las heredades, el Corregidor boluio a proueer auto, para que se guardasse, vnde attentatorum remedio locus non est, tũ ex deffectu appellationis, ex vulgatis iuribus. Tum etiã por ser auto de buena gouernacion sobre cumplimiẽto de ordenanças, que por ley expressa del Reyno tiene aparejada execucion ex l. 45 tit. 5. lib. 2. recop.

El tercero fundamento es, el que resulta del primero acto positiuo que se refiere en nuestro memorial, nempe de la sentencia que dio y pronunciò el Bachiller Cespedes, en que condenò a las guertas, que guardassen la ordenança, declarando quales eran las guertas antiguas y quales las modernas, y a las vnas y a las otras les dio el orden que auian de guardar en los riegos de alli adelãte.

La qual dicha sentencia como queda aduertido arriba, passò en cosa juzgada, y en quanto a la distribucion destas aguas, es carta executoria.

Y siendo como es sobre derecho perpetuo, y que tiene trato successiuo para todos los años, el derecho executiuo desta sentencia està siempre en su fuerça y vigor para poder vsar del vna y muchas vezes, cada que ocurriere la necessidad, por la contrauencion de las guertas, vulgaris ad hoc tx.in.l.inter Castelianum.ff. de arbitris, & ex eo ita docet eleganter Paul. Castrens. in.l.permisceri.§.species n.2.vers. *Et quarto modo.* Angel.cons.34.incip. Constantinus Arculani.n.4. Afflict.decis.341.per totam Auendañ.1.p.prætorum cap.4.n.39.vers. *quod maxime vetum.* De què se sigue necessariamēte, que el remedio del atentado q̄ las guertas pretēden, es sin fundamēto quia remedium hoc cessat in executiuis, ex vulgatis iuribus.

Y quando las razones de justicia que fauorecen la causa de las heredades no fueran tan eficaces, como se representan a V.S. por este papel. Vna sola que este negocio tiene de congruencia es tan grande, que sin acōpañarla con las demas, pudiera ser bastante a mouer el animo de V.S. en fauor de las dichas heredades: porque las guertas viejas son treynta aranzadas, como consta por la sentencia de Cespedes, y con la quarta parte del agua q̄ toman se riegan todas enteramente dos vezes cada semana, lunes, y jueues. Y las heredades interessadas en este riego, que lleuan lo restante del agua son .12U. aranzadas de viñas, y oliuares, y tierras de pan, que el diezmo de los frutos que rinden en cada vn año, vale mas que la propriedad de las guertas, y como es tanta cantidad de tierra, y van aprouechando el riego por su orden, y por sus horas apenas le toca el riego a cada heredad mas que vna vez en todo el verano, y si las guertas se lleuassē toda el agua los dias que les pertenece el riego, seria increible el daño que resultaria a las heredades, si bien es verdad, q̄ en tiempo de abundancia de aguas, quando las heredades y tierras calmas no tienen necessidad de riego, suelen las guertas lleuarse toda el agua que les parece en tiempo, y en cantidad. Quæ sint dicta sub V.D.C.

[signature]